

## РЕШЕНИЕ

### по жалобе на постановление по делу об административном правонарушении

29 октября 2018г. г. Волгодонск

Судья Волгодонского районного суда Ростовской области Лихачева Е.М., рассмотрев в открытом судебном заседании жалобу ООО «Максимус» на постановление мирового судьи судебного участка №3 Волгодонского судебного района Ростовской области от 16.08.2018 г. по делу об административном правонарушении, предусмотренном ст.7.12 ч.1 КРФ об АП в отношении ООО «Максимус»,

#### УСТАНОВИЛ:

Постановлением мирового судьи судебного участка № 3 Волгодонского судебного района от 16.08.2018 года, Общество с ограниченной ответственностью «Максимус» признано виновным в совершении административного правонарушения, предусмотренного ч.1 ст. 7.12 Кодекса Российской Федерации «Об административных правонарушениях», и ему назначено административное наказание в виде административного штрафа в размере 30 000 рублей без конфискации оборудования, используемого для воспроизведения фонограмм.

Как следует из материалов дела, в частности, протокола об административном правонарушении от 07.06.2018 года, 12.01.2018 года в 15 час 53 минуты по адресу: <адрес>, в помещении кафе «Гинза» юридическое лицо ООО «Максимус» совершило нарушение смежных прав путем публичного исполнения с помощью технических средств фонограмм, опубликованных в коммерческих целях, а именно:

(исполнитель фонограммы) - \_\_\_\_\_,  
изготовитель фонограммы \_\_\_\_\_, исполнитель \_\_\_\_\_  
исполнитель \_\_\_\_\_, изготовитель фонограмм \_\_\_\_\_,  
исполнитель \_\_\_\_\_, изготовитель \_\_\_\_\_.

ООО «Максимус» обратилось с жалобой на указанное постановление в Волгодонской районный суд Ростовской области, в которой ставит вопрос о его отмене и прекращении производства по делу, ссылаясь на то, что публичное исполнение фонограмм производилось на законных основаниях. 29.07.2014 года между ООО «Бубука» (правообладателем) и ООО «Максимус» (пользователем) заключен лицензионный договор № на представление неисключительных имущественных прав использования результатов интеллектуальной деятельности.

В соответствии с лицензионным договором № от 29.07.2014 года, ООО «Бубука» предоставило ООО «Максимус» следующие права:

п. 2.1.1. право на воспроизведение Произведения (личное владение и пользование) без дублирования, тиражирования и иного размножения Произведения на одном объекте Пользователя;

п. 2.1.3. право на публичное воспроизведение объектов авторских прав, в том числе всех музыкальных композиций, размещенных в Произведении, теми способами и в тех формах, которые возможно выполнить исключительно с использованием функций и инструментов, реализованных в произведении.

В соответствии с п. 3.1 ООО «Бубука» гарантирует, что обладает исключительными имущественными правами на передаваемые ООО «Максимус» Произведения;

п. 3.3. ООО «Бубука» гарантирует, что ООО «Максимус» не может быть привлечен ни к какому платежу в пользу какого-либо третьего лица в отношении предоставленных по настоящему договору прав на использование Произведений.

Поскольку пользователь заключил лицензионный договор с правообладателем, использование произведений и фонограмм осуществлялось правомерно.

В судебном заседании представитель ООО «Максимус» по доверенности Казак А.В. поддержал заявленное требование по доводам, изложенным в жалобе.

Представитель ООО «Максимус» по доверенности от 13.08.2018 года, он же представитель ООО «БУБУКА» по доверенности Кабанец Д.А. поддержал доводы жалобы, просил постановление мирового судьи отменить, производство по делу прекратить ввиду отсутствия состава правонарушения.

Представитель ООО «ВОИС», а также должностное лицо, составившее протокол, в судебное заседание не явились, предупреждены о дне рассмотрения жалобы в установленном порядке (л.д. 216-217), судья считает возможным рассмотреть жалобу в их отсутствие.

Выслушав пояснения представителей юридического лица, привлекаемого к административной ответственности, изучив представленные материалы дела об административном правонарушении, проверив доводы жалобы, судья полагает постановление мирового судьи подлежащим отмене по следующим основаниям.

Принимая решение по делу об административном правонарушении, мировой судья должен выяснить все обстоятельства, имеющие значение для правильного разрешения дела, а также причины и условия совершения лицом административного правонарушения. Выяснение таких обстоятельств является обязанностью судьи, рассматривающего дело об административном правонарушении.

Согласно части 1 статьи 7.12 Кодекса РФ об административных правонарушениях, ввоз, продажа, сдача в прокат или иное незаконное использование экземпляров произведений или фонограмм в целях извлечения дохода в случаях, если экземпляры произведений или фонограмм являются контрафактными в соответствии с законодательством Российской Федерации об авторском праве и смежных правах либо на экземплярах произведений или фонограмм указана ложная информация об их изготовителях, о местах их производства, а также об обладателях авторских и смежных прав, а равно иное нарушение авторских и смежных прав в целях извлечения дохода, за исключением случаев, предусмотренных частью 2 статьи 14.33 настоящего Кодекса, влечет наложение административного штрафа на должностных лиц - от десяти тысяч до двадцати тысяч рублей с конфискацией контрафактных экземпляров произведений и фонограмм, а также материалов и оборудования, используемых для их воспроизведения, и иных орудий совершения административного правонарушения.

Исходя из изложенного, для привлечения лица к административной ответственности по части 1 статьи 7.12 КоАП РФ следует установить факт использования телевидения и других технических средств для публичного представления произведения, сообщения его в эфир, а также его публичного исполнения, то есть представления произведения в живом исполнении или с помощью технических средств (радио, телевидения и иных технических средств), показа аудиовизуального произведения с целью извлечения дохода и без заключения договора с авторами либо уполномоченными организациями, представляющими интересы правообладателей авторских и смежных прав.

Согласно п.4 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 24.03.2005 года № 5 «О некоторых вопросах, возникающих у судов при применении Кодекса РФ об административных правонарушениях», В порядке подготовки дела к рассмотрению судья должен также установить, правильно ли составлен протокол об административном правонарушении с точки зрения полноты исследования события правонарушения и сведений о лице, его совершившем, а также соблюдения процедуры оформления протокола.

Существенным недостатком протокола является отсутствие данных, прямо перечисленных в части 2 статьи 28.2 КоАП РФ, и иных сведений в зависимости от их значимости для данного конкретного дела об административном правонарушении (например, отсутствие данных о том, владеет ли лицо, в отношении которого возбуждено дело об административном правонарушении, языком, на котором ведется производство по делу, а также данных о предоставлении переводчика при составлении протокола и т.п.).

Несущественными являются такие недостатки протокола, которые могут быть восполнены при рассмотрении дела по существу, а также нарушение установленных статьями 28.5 и 28.8 КоАП РФ сроков составления протокола об административном правонарушении и направления протокола для рассмотрения судьей, поскольку эти сроки не являются пресекательными, либо составление протокола в отсутствие лица, в отношении которого возбуждено дело об административном правонарушении, если этому лицу было надлежащим образом сообщено о времени и месте его составления, но оно не явилось в назначенный срок и не уведомило о причинах неявки или причины неявки были признаны неуважительными.

В силу п. 4 ч. 1 ст. 29.4 КоАП РФ, при подготовке к рассмотрению дела об административном правонарушении в случае необходимости выносятся определения о возвращении протокола об административном правонарушении и других материалов дела в орган, должностному лицу, которые составили протокол, в случае составления протокола и оформления других материалов дела неправомочными лицами, неправильного составления протокола и

оформления других материалов дела, либо неполноты представленных материалов, которая не может быть восполнена при рассмотрении дела.

Мировым судьей не была дана оценка тому факту, что протокол об административном правонарушении от 07.06.2018 был составлен через шесть месяцев после обнаружения правонарушения, в протоколе имеет место просто констатация факта публичного исполнения фонограмм, при этом не указано, в чем заключается противоправность такого исполнения, существует ли договор на такое исполнение, чем и каким образом нарушаются чьи-либо права, тогда как ст.7.12 КоАП РФ предполагает, что воспроизведение фонограмм является контрафактным, в соответствии с законодательством Российской Федерации об авторском праве и смежных правах либо на экземплярах произведений или фонограмм указана ложная информация об их изготовителях, о местах их производства, а также об обладателях авторских и смежных прав, а равно иное нарушение авторских и смежных прав в целях извлечения дохода

Данные обстоятельства являются существенным недостатком протокола, наличие которого является основанием для мирового судьи в рамках подготовки дела к рассмотрению в соответствии с п. 4 ч. 1 ст. 29.4 КоАП РФ вынести определение о возвращении данного протокола и других материалов дела составившему его должностному лицу.

Тем не менее, требования п. 4 ч. 1 ст. 29.4 КоАП РФ выполнены не были, дело принято к производству мирового судьи, и вынесено обжалуемое постановление.

Согласно статьи 26.1 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях по делу об административном правонарушении выяснению подлежат: наличие события административного правонарушения; лицо, совершившее противоправные действия (бездействие), за которые настоящим Кодексом или законом субъекта Российской Федерации предусмотрена административная ответственность; виновность лица в совершении административного правонарушения; обстоятельства, смягчающие и отягчающие административную ответственность; характер и размер ущерба, причиненного административным правонарушением; обстоятельства, исключающие производство по делу об административном правонарушении; иные обстоятельства, имеющие значение для правильного разрешения дела, а также причины и условия совершения административного правонарушения.

Диспозицией части 1 статьи 7.12 КоАП РФ является незаконное использование экземпляров произведений или фонограмм в целях извлечения дохода.

Объектом данного правонарушения являются охраняемые государством имущественные и личные неимущественные права владельца, изготовителя либо правообладателя и сходных с ними авторских прав.

Объективная сторона правонарушения выражается в использовании на территории Российской Федерации с нарушением законодательства произведений или фонограмм с целью получения выгоды. При этом нарушении прав владельца признается несанкционированное, контрафактное использование его собственности.

Субъектами данного правонарушения могут быть граждане, должностные лица, лица, занимающиеся предпринимательской деятельностью, а также юридические лица.

Субъективная сторона характеризуется виной в форме умысла или неосторожности.

Согласно правовой позиции, изложенной в пункте 14 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 19.06.2006 № 15 «О вопросах, возникших у судов при рассмотрении гражданских дел, связанных с применением законодательства об авторском праве и смежных правах», при разрешении вопроса о том, какой стороне надлежит доказывать обстоятельства, имеющие значение для дела о защите авторского права или смежных прав, суду необходимо учитывать, что ответчик обязан доказать выполнение им требований закона при использовании произведений и (или) объектов смежных прав. Истец должен подтвердить факт принадлежности ему авторского права и (или) смежных прав или права на их защиту, а также факт использования данных прав ответчиком.

Бремя доказывания наличия права на обращение с заявлением в защиту нарушенных прав исполнителей и изготовителей спорных фонограмм, которые являются иностранными физическими и юридическими лицами, возлагается на заявителя т.е. ВОИС и не является презюмируемым.

Для установления наличия такого права мировому судье надлежало выяснить, действует ли исключительное право конкретного исполнителя и изготовителя фонограммы на территории Российской Федерации.

Из постановления следует, что исполнители и изготовители фонограмм, в защиту прав которых обратилось ВОИС, являются иностранными физическими и юридическими лицами.

Доказательств того, что исполнители являются гражданами Российской Федерации; исполнения впервые имели место на территории Российской Федерации; изготовители фонограмм являются российскими юридическими лицами; фонограммы обнародованы или их экземпляры впервые публично распространялись на территории Российской Федерации, в деле не имеется. Следовательно, возможность действия на территории Российской Федерации исключительных прав на спорные фонограммы с учетом указанных норм российского законодательства следует устанавливать исходя из норм международного права.

К рассматриваемым отношениям применимыми нормами международного права являются нормы Международной конвенции об охране прав исполнителей, изготовителей фонограмм и вещательных организаций, заключенной в г. Риме 26.10.1961 (далее - Римская конвенция), которая вступила в силу для Российской Федерации 26.05.2003 и Договор ВОИС по исполнению фонограмм, подписанный в Женеве 20.12.1996 (далее - Договор ВОИС), который вступил в силу для России 05.02.2009 года.

Постановление мирового судьи не содержит доказательств подтверждающих, что ВОИС действует в интересах конкретных исполнителей и изготовителей фонограммы на территории Российской Федерации, распространяется ли на указанные музыкальные произведения правовая охрана, поскольку если правовая охрана не предоставляется, то и право на получение вознаграждения не может считаться возникшим.

ООО «Максимус» вменяется иное нарушение авторских и смежных прав в целях извлечения дохода.

В соответствии с п.1 ст.1259 Гражданского Кодекса РФ, аудиовизуальные произведения являются объектами авторских прав.

В соответствии с ч. 1 ст. 1225 Гражданского кодекса РФ (в редакции от 31.12.2014 года N 530-ФЗ), результатами интеллектуальной деятельности и приравненными к ним средствами индивидуализации юридических лиц, товаров, работ, услуг и предприятий, которым предоставляется правовая охрана (интеллектуальной собственностью), являются произведения науки, литературы и искусства, фонограммы.

В силу ч. 1 ст. 1270 Гражданского кодекса РФ, автору произведения или иному правообладателю принадлежит исключительное право использовать произведение в соответствии со ст. 1229 Гражданского кодекса РФ в любой форме и любым не противоречащим закону способом (исключительное право на произведение), в том числе способами, указанными в ч. 2 ст. 1270 Гражданского кодекса РФ. Правообладатель может распоряжаться исключительным правом на произведение.

При этом согласно п. п. 6, 7 ч. 2 ст. 1270 Гражданского кодекса РФ использованием произведения независимо от того, совершаются соответствующие действия в целях извлечения прибыли или без такой цели, считается, в частности, публичное исполнение произведения, сообщение произведения в эфир.

Согласно п. 32 постановления Пленума Верховного Суда РФ № 5, Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ № 29 от 26.03.2009 года "О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса РФ", в силу п.п. 6 п. 2 ст. 1270 Гражданского кодекса РФ использованием произведения считается в числе прочего его публичное исполнение, то есть представление произведения в живом исполнении, или с помощью технических средств (радио, телевидения и иных технических средств), а также показ аудиовизуального произведения (с сопровождением или без сопровождения звуком) в месте, открытом для свободного посещения, или в месте, где присутствует значительное число лиц, не принадлежащих к обычному кругу семьи (который определяется судом с учетом конкретных обстоятельств рассматриваемого дела), независимо от того, воспринимается произведение в месте его представления или показа, либо в другом месте одновременно с представлением или показом произведения.

Лицом, осуществляющим публичное исполнение произведения (в том числе при его представлении в живом исполнении), является юридическое или физическое лицо, организующее публичное исполнение в месте, открытом для свободного посещения, или в месте, где присутствует значительное число лиц, не принадлежащих к обычному кругу семьи, то есть лицо, которое берет на себя инициативу и ответственность за проведение соответствующего мероприятия, и именно это лицо должно заключить договор о предоставлении ему права на

публичное исполнение произведения с правообладателем или организацией по управлению правами на коллективной основе и выплачивать полагающееся вознаграждение.

Согласно п. 7 ч. 2 ст. 1270 ГК РФ использованием произведения независимо от того, совершаются ли соответствующие действия в целях извлечения прибыли или без такой цели, считается сообщение в эфир, то есть сообщение произведения для всеобщего сведения по радио или телевидению, за исключением сообщения по кабелю.

Постанавливая обжалуемое постановление, мировой судья не дал оценки правомерности использования вышеуказанных фонограмм путем публичного исполнения.

Между тем, в материалах дела об административном правонарушении (л.д. 95-98) имеется лицензионный договор №, заключенный ООО «Максимус» - пользователем, с ООО «БУБУКА» - правообладателем, который имеет право выступать представителем компании по вопросам лицензирования музыки и записей, которые принадлежат или лицензируются (л.д.75)

Согласно пункту 2 статьи 1243 Гражданского кодекса Российской Федерации, если лицензионный договор с пользователем заключает непосредственно правообладатель, организация по управлению правами на коллективной основе может собирать вознаграждение за использование объектов авторских и смежных прав только при условии, что это прямо предусмотрено указанным договором.

По смыслу названной правовой нормы заключение лицензионного договора пользователем с непосредственным правообладателем влечет прекращение права организации по управлению правами на коллективной основе по сбору вознаграждений в отношении соответствующих объектов авторских и смежных прав.

В материалы дела ООО «Максимус» представлен лицензионный договор от 29.07.2014 №, в соответствии с которым ООО «Максимус» переданы неисключительные права:

- на использование автоматизированной информационной системы «Система управления плеерами «БУБУКА» (именуемая в дальнейшем «Произведение»), расположенной Правообладателем на интернет-сайте по адресу: [www.bubuka.espepe.ru](http://www.bubuka.espepe.ru);

- право на публичное исполнение, публичное воспроизведение, доведения до всеобщего сведения, публичное распространения музыкальных произведений и фонограмм (композиций), включенные в «Систему управления плеерами «БУБУКА» на территории, указанной в договоре.

По указанному договору ООО «Максимус» осуществляет ежемесячные лицензионные отчисления правообладателю ООО «БУБУКА».

В суд представлен сертификат подлинности от компании \_\_\_\_\_, который подтверждает право ООО «БУБУКА» выступать ее представителем по вопросу лицензирования музыки и записей, которые принадлежат или контролируются \_\_\_\_\_ с целью их лицензирования в розничных магазинах и других коммерческих помещениях (л.д.14, 2 том).

В дело представлено также лицензионное соглашение от 07.03.2014 между \_\_\_\_\_ и ООО «БУБУКА» как лицензиатом на право коммерческого использования музыкальных произведений, содержащихся в его каталоге, и взимание лицензионных платежей (л.д.38-41, том 2).

Суду представлено подтверждение о том, что ООО «БУБУКА» правомерно контролирует публичное воспроизведение \_\_\_\_\_ (исполнитель фонограммы) - \_\_\_\_\_, изготовитель фонограммы \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, исполнитель \_\_\_\_\_, исполнитель \_\_\_\_\_, изготовитель фонограмм \_\_\_\_\_, исполнитель \_\_\_\_\_, изготовитель \_\_\_\_\_ (л.д.11, том 2)

Кроме этого, ООО «БУБУКА» представило банковские документы об отчислении лицензионных платежей (л.д.6-9)

Исходя из изложенного, ООО «БУБУКА» вправе предоставлять музыкальный сервис, включающий в себя публичное исполнение музыкальных произведений, указанных в каталоге ООО «БУБУКА» на условиях заключенного договора с ООО «Максимус».

Следовательно, при наличии такого лицензионного договора ООО «Максимус» правомерно использовало фонограммы, то есть отсутствует состав правонарушения, предусмотренного ч.1 ст 7.12 КоАП РФ.

Статьей 26.11 КоАП РФ установлено, что судья оценивает собранные по делу доказательства по своему внутреннему убеждению, основанному на всестороннем, полном и объективном исследовании всех обстоятельств дела в их совокупности, учитывая, что никакие

доказательства не могут иметь заранее установленную силу, а также с позиции соблюдения требований закона при их получении.

Постановление мирового судьи в отношении ООО «Максимус» по делу об административном правонарушении, предусмотренным ч.1 ст.7.12 КоАП РФ, не может быть признано законным и подлежит отмене, поскольку отсутствует состав административного правонарушения.

Производство по делу об административном правонарушении подлежит прекращению по п. 2 ч. 1 ст. 24.5 КоАП РФ, где прямо указано, что производство по делу об административном правонарушении не может быть начато, а начатое производство подлежит прекращению при отсутствии состава административного правонарушения.

На основании изложенного, руководствуясь ст. 30.7 Кодекса РФ «Об административных правонарушениях» судья,

**РЕШИЛ:**

Постановление мирового судьи судебного участка № 3 Волгодонского судебного района Ростовской области от 16.08.2018 года в отношении Общества с ограниченной ответственностью «Максимус» по ч.1 ст.7.12 Кодекса РФ «Об административных правонарушениях», отменить, производство по делу прекратить за отсутствием состава правонарушения.

Решение вступает в законную силу с момента вынесения.

Полный текст решения изготовлен 01 ноября 2018 года.